

LES FRAYDELT PRO

Revista

Julio 2011

28

El



blanch

Revista Penal

Número 28

Sumario

Doctrina

- Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal, por *Juana del Carpio Delgado* 5
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales y protección del menor, por *Viviana Caruso Fontán* 29
- Hechos psíquicos y concurso de personas. El problema de la interacción psíquica, por *Donato Castronuovo* 44
- ¿Para qué necesitamos una coautoría imprudente?, por *Andreas Hoyer*..... 56
- El arrepentimiento postdelictual en España: un ensayo acerca de su viabilidad como instrumento combativo del crimen organizado, por *M^a José Jordán Díaz-Roncero e Ignacio Comes Raga*..... 67
- Los límites de la amnistía, por *Juan Antonio Lascuráin*..... 95
- Derechos humanos y límites de la intervención penal en Brasil, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* 114
- ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?, por *Adán Nieto Martín* 136
- Mandato de determinación y consecuencia jurídica, por *Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro* 153
- La legislación penal relativa a la protección de los Derechos de Propiedad Intelectual a nivel internacional por *Shizhou Wang* 165
- Las fronteras entre el honor del funcionario público, la libertad de expresión y el delito de difamación, según los límites que impone el principio de lesividad, por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* 187
- Co-autoría mediata: ¿desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?, por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* 197
- Sistemas penales comparados:** El delito de blanqueo de dinero 207
- Bibliografía:** Notas bibliográficas sobre pena de muerte, historia del Derecho penal y Derecho penal Internacional, por *Francisco Muñoz Conde* 269
- Noticias.** Próximo encuentro del Grupo Nacional español de la Asociación Internacional de Derecho Penal..... 293



VNIVERSIDAD
D SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
William Terra de Oliveira y Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos E. Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Victor Prado Saldarriaga (Perú)
Shizhou Wang (China)	Barbara Kunicka- Michalska (Polonia)
Alvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Federico de Lacerda Da Costa Pino (Portugal)
Walter Antillón y Roberto Madrigal (Costa Rica)	Ana Cecilia Morún (República Dominicana)
Adán Nieto Martín y (España)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Dimitris Ziouvas (Grecia)	Baris Erman (Turquía)
Alejandro Rodríguez Barillas (Guatemala)	Wolodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie Andrea Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Compobell
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?

Prof. Dr. Adán Nieto Martín

Instituto de derecho penal europeo e internacional
Universidad de Castilla la Mancha

Revista Penal, n.º 28.— Julio 2011

RESUMEN: El artículo trata de la influencia del derecho penal europeo en el derecho sancionador administrativo español. El fenómeno del derecho sancionador administrativo en la Unión Europea obedecía a peculiaridades nacionales. Existiendo varios modelos diferentes. El derecho de la Unión europea y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos los han acercado notablemente, unificando los principios bajo los que resulta legítimo la imposición de sanciones. Igualmente uno de los avances más importantes del derecho de la Unión Europea es haber creado esta materia un novedoso sistema de cooperación entre las autoridades administrativas

PALABRAS CLAVE: Derecho penal europeo. Jurisprudencia Tribunal Europeo Derechos Humanos. Cooperación entre autoridades administrativas.

ABSTRACT: This article tackles the influence that EU Law has developed into the Spanish sanction administrative law. This area of the national legal system contents traditionally a high degree of national specificities, therefore exists different national models. The EU Law and the case law of the European Court of Human Rights has approached these different models. So today the principles are similar according to these sanctions that should be imposed. One of the most important facts of the EU Law influence in the national administrative sanctions system has been the developing of a original system of cooperation between administrative authorities that is equivalent and in certain aspects more advanced than the judicial cooperation system.

KEY WORDS: EU Law. Case Law of the European Court of Human Rights. Cooperation between administrative authorities.

I. Introducción

La tesis principal de este trabajo es que el derecho de la UE está desplegando una influencia considerable, aunque inadvertida para la mayoría, sobre el derecho sancionador administrativo. Al igual que se habla de un espacio judicial europeo o del derecho penal europeo, podría hablarse de un espacio sancionador administrativo común. Este espacio presenta una importante peculiaridad en relación con el penal: mientras que no existe un derecho penal supranacional, sí que existen sanciones administrativas supranacionales.

Para desarrollar esta tesis realizaremos el siguiente recorrido. Aunque el término *administrative sanctions* pertenece al vocabulario de cualquier jurista europeo contemporáneo, en realidad cada uno se refiere a realidades bien distintas, condicionadas por su respectivo *hardware* nacional; por esta razón resulta tan aparentemente sencillo, como realmente difícil saber de que se habla. Por ello, en primer lugar (II), describiremos las principales familias o modelos de sanciones administrativas que existen en los países de la UE. El derecho sancionador supranacional pertenece a una de estas familias y convive, sobre todo en el ámbito de la

protección de los intereses financieros, con el resto de modelos, respetando su autonomía.

Seguidamente se analizará cómo el derecho de la UE ha condicionado el derecho sancionador administrativo. Distinguiré, en este punto, entre influencias informales (III) o por imitación e influencias coaccionadas (IV). En las primeras el derecho nacional copia una construcción procedente del derecho supranacional porque les parece sencillamente el *better law*. Los casos más importantes de imitación se han dado en relación a la forma de sancionar a las personas jurídicas, materia en la que el derecho comunitario ha desarrollado.

Las influencias coaccionadas responden a dos principios básicos del Derecho de la Unión: la armonización y el principio de buena fe o cooperación leal. La armonización del derecho sancionador administrativo tiene una importancia mucho menor que la del penal, pero existe. Y existe porque en algunas ocasiones la norma europea tras describir los comportamientos que han de sancionarse deja en manos de los Estados la elección de la sanción. Este margen de apreciación nacional es una constante en lo que concierne al castigo de las personas jurídicas. En cualquier caso, la armonización de las sanciones administrativas no interesa a la UE tanto como la penal, por la sencilla razón de que el derecho comunitario tiene mayores competencias para establecer sanciones administrativas que penales, e incluso para crear órganos supranacionales que las impongan. Por esta razón, es más importante que la armonización la influencia desplegada por el principio de lealtad o buena fe, que exige sancionar las infracciones a la normativa comunitaria de manera eficaz, proporcionada y disuasiva. Al menos en el ordenamiento español, es el derecho sancionador administrativo quien se encarga normalmente de sancionar las infracciones a la reglamentación comunitaria.

En la última parte del trabajo abordaré el aspecto probablemente más desconocido (V). Al igual que existe un espacio judicial europeo, basado en los principios de reconocimiento mutuo, confianza mutua y disponibilidad de la información, existe un espacio sancionador común donde las autoridades administrativas nacionales y supranacionales colaboran a partir de principios similares. La diferencia principal reside en que el espacio sancionador común es obra del derecho comunitario, del primer pilar, y solo muy recientemente se observan incursiones del tercer pilar en este terreno. Las áreas de la coopera-

ción son las mismas: existe una cooperación en el proceso sancionador, con el fin de investigar infracciones administrativas; una cooperación para que las sanciones impuestas por la Comisión o por una autoridad nacional puedan ser ejecutadas en otro país; y, finalmente, una regulación del principio de *ne bis in idem* y el conflicto de jurisdicciones al menos en su aspecto vertical, es decir, la que afecta a sanciones supranacionales y nacionales. Al lado de estos ámbitos tradicionales, existe además un espacio de cooperación sobre el que hasta ahora no se ha reparado lo suficiente y que denominaré como cooperación asimétrica. La cooperación se ha conformado fundamentalmente como una cooperación entre iguales: las autoridades judiciales (incluyendo aquí el Ministerio Fiscal), de un lado, y las administrativas, de otro. No obstante, cada vez es más necesaria una cooperación entre jueces y administración. Ello se debe a dos razones principalmente. Primera: qué terreno se deja al derecho penal y cuál al sancionador administrativo varía de país a país. Un mismo comportamiento (por ejemplo, el abuso de mercado) puede ser castigado penal o administrativamente según los países. Segunda: en los delitos económicos las primeras indagaciones suelen realizarlas las agencias administrativas nacionales, e incluso, en algún caso, por una agencia administrativa supranacional, como es la OLAF en lo que concierne a la protección de los intereses financieros.

II. Sanciones comunitarias v. sanciones nacionales: los diversos modelos de sanciones administrativas

A comienzos de los años noventa del pasado siglo la Comisión Europea mostró un súbito interés por la situación en que el derecho sancionador administrativo se encontraba en los países miembros de la Unión Europea. Este interés se concretó en un completo estudio publicado por la Comisión en el que se analizaba la situación del derecho sancionador administrativo¹. El objetivo de este trabajo era la elaboración del Reglamento 2988/1995 para la protección de los intereses financieros, que contiene los principios generales de las sanciones administrativas supranacionales destinadas a la tutela de los fondos europeos. Estas sanciones, aunque establecidas por reglamentos comunitarios, eran impuestas por cada administración nacional de acuerdo con su propia normativa. La Comisión era consciente de que se aplicaban de forma muy diversa en los Estados miembros debido a la disparidad del derecho san-

1 Vid. Commission of the European Communities, *The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States*, Vol I National reports; Vol II Summary reports, Brusseles, Louxembourg, 1994.

cionador nacional y ello impedía alcanzar su principal objetivo: garantizar un mínimo sancionador común a los fraudes contra los presupuestos financieros. Sobre ello volveremos después con más detenimiento, porque ahora lo que interesa destacar es que de este estudio, y de otro gran trabajo que había emprendido la Asociación Internacional de Derecho penal pocos años antes², se extraía con claridad que en los países de la UE existían tres modelos de sanciones administrativas³.

El primer modelo es el modelo penal o de las *Ordnungswidrigkeiten*. Las contravenciones del orden en Alemania y otros países como Austria⁴ o Portugal constituyen un conjunto de infracciones desgajadas del derecho penal⁵. Como es conocido la racionalidad ilustrada propuso una división tripartita de las sanciones penales: crímenes, delitos y contravenciones, que se plasmó primero en el CP napoleónico y desde allí se extendió por toda Europa. El *Ordnungswidrigkeitens-* y el *Verwaltungsstrafrecht* se formaron a partir de las sanciones penales más livianas, las contravenciones. Esta separación costó más de un siglo de profundas disquisiciones dogmáticas, mediante las que se intentó encontrar un contenido ontológico diverso al injusto penal y al administrativo⁶. Más dejando de lado esta cuestión, en la práctica lo que caracteriza al modelo de las contravenciones es que no sólo le son de aplicación los principios básicos y fundamentales del derecho penal (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad etc.), sino que también resultan de aplicación la práctica totalidad de las reglas e instituciones que determinan la responsabilidad penal de una persona. Quien lea los §§ 8 y ss de la *Ordnungswidrigkeitengesetz* verá que la regulación de la omisión, de las actuaciones en lugar de otro, del dolo, el error, la inimputabilidad o las causas de justificación son coincidentes casi literalmente con

las existentes en el Código penal⁷. La única diferencia significativa entre las contravenciones y las penas es la responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho contravencional (§ 30 OWiG). La otra característica de este modelo, muy importante por lo que después se dirá (infra. III), es que aunque las autoridades administrativas son las encargadas de imponer las sanciones, normalmente es el órgano judicial competente para su revisión es el juez penal, de acuerdo con los preceptos del procesal penal (§ 67 y ss OWiG) o, aunque sean tribunales administrativos, el proceso es similar al utilizado en el derecho penal⁸.

Italia pertenece también a este modelo penal de infracciones administrativas. La Legge n° 689/1981 responde a la misma necesidad que las contravenciones alemanas: aligerar el trabajo de los jueces penales, ante la multitud de infracciones que el nacimiento del estado regulador fue produciendo desde finales del siglo XIX⁹. Para ello principalmente desde 1981 se han ido despenalizando multitud de infracciones penales, clasificadas como contravenciones, convirtiéndose en infracciones administrativas. La Ley italiana establece que los jueces penales son los encargados de revisar las sanciones impuestas por la administración e igualmente la Parte General del derecho sancionador es muy próxima a la del derecho penal. Las únicas diferencia residen en que en la prueba del elemento subjetivo del delito existe una inversión de la carga de la prueba y que, al igual que sucedía en Alemania, las personas jurídicas se sancionan a través del derecho administrativo pero no el penal. En Italia, probablemente el país más reacio de la UE a la hora de superar el *societas delinquere non potest*, la introducción del régimen administrativo de responsabilidad de las personas jurídicas se ha debido claramente a las exigencias del derecho de la Unión Europea (*D.Leg. n° 231/2001*)¹⁰.

2 Vid. *Revue Internationale du Droit Penal*, n° 59, n° 1-2, 1988.

3 Otro intento de clasificación en Moderne F., *Sancions Administratives et Justice Constitutionelle*, Paris, 1993.

4 Si bien este país representaría una suerte de submodelo. En realidad en Austria lo que existe no es un derecho contravencional, sino un derecho penal administrativo (*Verwaltungsstrafrecht*) con competencias penales en manos de la administración. Lo decisivo es, sin embargo, que las reglas de imputación y procesales son mucho más cercanas a las penales. Más detalles sobre la génesis histórica en Mattes H, *Untersuchungen zur Lehre von Ordnungswidrigkeiten. Geschichte und Rechtsvergleichung*, Berlin, 1977 (utilizo la traducción española, *Problemas de Derecho penal administrativo*, trad. Rodríguez Devesa, Madrid, 1979), p. 239 ss.

5 Vid. Weigend T., (not 1), p. 91 ss.; Ferreira Antunes M. A., (not. 1), p. 320.

6 Sobre todo ello sigue siendo fundamental Mattes H. (not. 4), p. 138 ss.

TP

7 PT La única diferencia en este punto es que la OWiG consagra un sistema unitario de autor (§ 14 OWiG) a diferencia del Código penal.

8 Para Alemania, Weigend T.(not 1), p. 108 ss.; Austria vid. Mattes H, (not. 4), p. 305 ss.; para Portugal, Ferreira Antunes M. A (not. 1), p. 341 s.

9 Vid. Grasso G., (not. 1), p. 261 ss.

10 Fiorella A/Lancellotti G, *La responsabilità dell'impresa per i fatti di reato*, Torino, 2004.

La otra gran familia de sanciones administrativas es la que concibe a estas como el brazo armado de la administración. En este modelo las sanciones administrativas no tienen como finalidad descargar de trabajo al juez penal. La capacidad de sancionar es una parte más de la potestad de policía administrativa, cuyo objetivo es reforzar el cumplimiento de normas cuyo *enforcement* tiene asignado un determinado órgano administrativo¹¹. Por ello no es de extrañar que en los países que acogen este modelo sean los jueces administrativos los encargados de revisar las decisiones de la administración o que los principios aplicables a su imposición fueran, en un principio, los del derecho administrativo. La distinta finalidad de sanciones penales y administrativa justificaba incluso que ambas se pudieran imponer conjuntamente, desconociendo el principio de *ne bis in idem*. Esta concepción del derecho sancionador administrativo influye también en la técnica legislativa. Las sanciones administrativas se sitúan en las leyes administrativas y las penales, lejos de ellas, en el Código penal. Ambas habitan espacios distintos, y es frecuente encontrar hechos tipificados a la vez como sanción administrativa o penal. La situación es distinta en el modelo contravencional donde lo común es que las normas administrativas contengan un último apartado donde se incluyen coordinadamente sanciones administrativas y penales. Es el denominado *Nebenstrafrecht* o *Diritto penale accessorio*.

La imposición de sanciones administrativas a personas jurídicas ha sido también una constante en este modelo. La despreocupación por construir un sistema de imputación ha permitido que la sanción de las personas jurídica se lleve a cabo de una forma técnicamente sencilla, donde basta con constatar la realización de la infracción en la actividad de la persona jurídica. Esto no ocurre en los sistemas del modelo penal en donde las personas jurídicas se sancionan a través de modelos de imputación más complejos, como el contenido en el D. Lg. 231/2001 o en el § 30 de la OWiG.

Las sanciones administrativas en España responden a este modelo, como también lo hacen en Francia¹², Bélgica¹³ o Grecia¹⁴. Dentro de este sistema podría hacerse

una escala que mostrara el mayor o menor grado de penetración de los principios fundamentales del derecho penal. Así mientras que en España es total, en países como Grecia aún se mantiene la responsabilidad objetiva. Igualmente es muy distinta la extensión del derecho sancionador. La desmesura española, con miles de preceptos, no tiene que ver nada con la contención francesa, donde las sanciones administrativas se reservan a las autoridades administrativas independientes.

Desde aproximadamente la mitad de los años setenta, dependiendo de los distintos países, el modelo administrativo ha experimentado una importante evolución que lo acerca al modelo penal¹⁵. En efecto, paulatinamente se han ido incorporando a la imposición de sanciones administrativas los principios constitucionales del derecho penal (legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, culpabilidad etc). La jurisprudencia y el legislador han acabado considerando que ambas sanciones forman parte del mismo *ius puniendi*, constituyen sus «dos ramas»¹⁶, y que por tanto deben compartir los mismos principios básicos. La «teoría de las dos ramas», sin embargo, no exige incorporar al derecho sancionador administrativo las reglas que regulan pormenorizadamente la atribución de responsabilidad penal (error, autoría y participación, dolo, tentativa, legítima defensa, estado de necesidad etc). Estas solo se reconocen *grosso modo* en cuanto puedan derivarse de principios generales. Así el error de derecho se reconoce en algunos ordenamientos, como el español, en cuanto se entiende derivado del principio de culpabilidad.

A la aproximación entre ambos modelos no solo ha contribuido la jurisprudencia nacional, sino que también ha sido decisiva la del TEDH, que mediante el concepto de derecho penal en sentido amplio o de «materia penal a los efectos del Convenio» ha extendido también las garantías básicas del derecho penal a las sanciones administrativas¹⁷. De este modo el derecho sancionador administrativo de todos los países miembros de la UE, que a su vez son parte integrante del Convenio, tiene que respetar las garantías que de éste se desprende. Ello ha llevado a un notable acercamiento en los grandes principios.

11 Vid. Nieto García A, Derecho administrativo sancionador, Madrid, 2005, p. 94 ss.

12 Vid. Delmas Marty M/Teitgen-Colly C, (not 1), p. 175 ss.

13 Vid. De Nauw (not. 1), p. 7 ss.

14 Vid. Spinellis D. (not. 1), p. 118 ss.

15 Vid. Nieto García A. (not. 11), p. 201 ss.; Moderne F., (not. 3), p. 169 ss.

16 Vid. Nieto García A. (not. 11), p. 149 ss.

17 STEDH, 21.2.1984, Oztürk v. RFA.

Existe, además del que acaba de señalarse, un segundo factor que ha propiciado también el acercamiento entre ambos sistemas y es que en la actualidad ambos responden a una relación entre el derecho penal y derecho sancionador administrativo basada en el principio de proporcionalidad y subsidiariedad, a tenor de la cual las infracciones más graves se reservan para el derecho penal. Pero también a que en el modelo administrativo se ha acabado reconocido que ambos cumplen iguales funciones, y que por tanto no pueden imponerse conjuntamente sanciones penales y administrativas a diferencia de lo que ocurría en un primer momento, en el que dado la diversa genealogía de ambas sanciones se veía como algo lógico su doble imposición.

Finalmente existe un tercer modelo, que obedece a planteamientos mucho más pragmáticos; es el existente en Inglaterra y Gales, donde como tal no existen sanciones administrativas de carácter general, sino que únicamente se conocen las sanciones disciplinarias¹⁸. Ahora bien, esto no significa que la administración carezca totalmente de capacidad sancionadora. En sectores del derecho penal económico lo que se permite es precisamente que una autoridad administrativa, por ejemplo la *Inland Revenue* en materia de impuestos, decida que vía utilizar si la puramente administrativa o la penal. Esta decisión puede ser objeto de judicial review si por ejemplo se constata que se aparta de la política sancionadora tradicional de la entidad.

Pues bien, dentro de estas tres grandes familias de derecho sancionador administrativo, el derecho sancionador administrativo de la Unión Europea está mucho más cercano claramente a la segunda de ellas¹⁹. Las sanciones previstas originalmente en el Reglamento 17/1962²⁰, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, y hoy en el Reglamento 1/2003²¹ y las contenidas en el TCECA, de gran importancia en las crisis del sector del acero durante los años setenta y ochenta, estaban inspiradas en un modelo de sanciones administrativas que claramente obedecía a incrementar la capacidad de supervisión de la Comisión Europea en estos ámbitos. Para que no hubiera lugar a dudas se remarcaba expresamente que las

sanciones no tenían naturaleza penal. La utilización de estas sanciones respondía además a una lógica de subordinación a las necesidades de *enforcement* de la normativa administrativa. Así, por ejemplo, la Comisión no hizo uso de las sanciones administrativas en materia de competencia hasta una década después de su implantación, antes adoptó una actitud dialogante con el fin de dar a conocer entre los operadores económicos un derecho, como el de la competencia, que aún en la década de los sesenta era ampliamente desconocido en la mayoría de los países²².

En lo que atañe a los principios que rigen su imposición la cercanía al segundo modelo es también manifiesta. El derecho sancionador supranacional en materia de competencia o CECA reconoce los grandes principios constitucionales de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, derechos de defensa etc, pero no ha desarrollado una dogmática, un sistema de imputación refinado al estilo de lo que ocurre en la OWiG o en la Legge 689/1981. El lenguaje que emplea la Comisión en la imposición de sanciones es mucho más administrativo que penal y muchos de sus principios, como el de fuerza mayor o proporcionalidad, tienen claro origen administrativo. Esto explica, por ejemplo, los esfuerzos que durante un tiempo realizó la doctrina alemana con el fin de acoplar la práctica sancionadora administrativa supranacional a sus categorías dogmáticas. El *judicial review* de las sanciones supranacionales en materia de competencia se realiza igualmente por el TJCE, que está muy alejado del derecho penal y actúa también con una lógica mucho más administrativa²³.

Estas características pueden predicarse igualmente del más moderno derecho sancionador administrativo supranacional, contenido en el Reglamento 2988/1995 relativo a la protección de los intereses financieros²⁴. Recordemos que en el proceso de gestación de esta norma se encuentra, de un lado, la pretensión de la Comisión Europea de homogeneizar la imposición de una sería de sanciones administrativas que habían ido apareciendo en la normativa agrícola con el fin de reprimir casos de fraude o irregularidades. Se trataba

18 Vid. Leigh L.H. (not. !), p. 353 ss.; Spencer J., en Giudicelli-Delage (dir.), *Droit pénal des affaires en Europe*, Paris, 2006, p. 114 ss.,

19 Vid. Nieto Martín A., *Fraudes Comunitarios. Derecho Penal Económico Europeo*, Barcelona, 1996, p. 82 ss.

20 DOCE L 13, 21.2.1962, p. 204.

21 DOCE L 1, 4.1.2003, p.1

22 Vid. Nieto Martín A, (not. 19), p. 95 ss.

23 Vid. Dannecker G./Fischer-Fritsch, *Das EF-Kartellrecht in der Bußgeldpraxis*, Berlin, 1989; Nieto Martín A., (not. 19), p. 123 ss.

24 DOCE L 312, 23.12.1995, p. 1

de sanciones administrativas sui generis (cauciones, mayorations, restitutions...) cuya clasificación como sanción o medida administrativa provocó un gran debate, que cerró el art. 5.1 del Reglamento al equipararlas a las multas²⁵. Más de otro lado, la pretensión de la Comisión era establecer un cuerpo de multas administrativas que sirvieran de mínimo denominador común a los casos de fraude.

El Reglamento de 1995 acoge los grandes principios de irretroactividad (art. 2.2), proporcionalidad (art. 2.1) y ne bis in idem (art. 7), y solo desciende a regular algunos detalles como el de la prescripción de gran importancia práctica. Ello contrasta con las primeras versiones de este reglamento, mucho más apagadas al modelo alemán, donde se preveían disposiciones relativas al error o la culpabilidad. De ellas solo queda un leve resto en el art. 7 del Reglamento donde se aborda un problema de autoría y participación, haciéndose referencia incluso al más complejo problema de la comisión por omisión. No obstante, la vaguedad y la imprecisión de esta regulación es notoria si se la compara con los correspondientes preceptos de la OWiG.

Descritos los diversos modelos y ubicado el derecho sancionador administrativo supranacional, lo que en un primer momento se constata es la falta de interferencias entre los modelos nacionales y el de la UE. Esta situación resulta enteramente lógica. En el derecho penal, donde el ordenamiento europeo no puede dotarse de un derecho penal supranacional no había más remedio que influir en los sistemas penales nacionales, y servirse de ellos para la protección de los intereses comunitarios. Mediante técnicas como la asimilación o la armonización, el derecho europeo ha ido europeizando muchos ámbitos del derecho penal nacional. La situación era muy distinta en lo concerniente al derecho sancionador administrativo. Los tratados originarios otorgaban competencias expresas para establecer sanciones administrativas o incluso, como ocurría con los Tratados CEA o Euratom contenían ya estas sanciones. Había pues espacio para la creación de un derecho supranacional autónomo, que no tenía necesidad de depender, ni por tanto de influir en los derechos nacionales. El desarrollo de este derecho por parte de la Comisión y el TJCE fue tan audaz que incluso, como en seguida vamos a ver, lo que ocurrió es que algunos Estados miembros copiaron algunas de sus construcciones.

A finales de los ochenta, el derecho sancionador comunitario siente necesidades de expandirse con el fin de tutelar eficazmente los intereses financieros, en el marco de una situación de fraude tan espectacular que amenazaba con deslegitimar a la propia Comunidad Europea. Influyamos y armonicemos el derecho penal nacional y creemos nuestro propio derecho sancionador administrativo, ésta fue la solución a la que se llegó cuando el TJCE dio luz verde, a través de la STJCE de 27 de octubre de 1992, a la competencia de la comunidad para establecer sanciones administrativas propias con el fin de tutelar los intereses financieros²⁶. Atribuida la competencia el único problema era su ejecución. Como la Comisión no disponía de funcionarios suficientes para imponer sus sanciones delegó esta competencia en las autoridades nacionales.

El Reglamento 2988/95 servía en este marco según se ha visto para fijar unos principios comunes, que exclusivamente habían de aplicarse en relación a las sanciones en él reguladas. En lo demás el derecho sancionador administrativo de cada país actuaba complementariamente. En este punto la autonomía de los modelos antes estudiados es absoluta. En el caso de Alemania estas sanciones se imponen de acuerdo con los perfilados preceptos de la OWiG y con recurso ante el juez penal; en el caso de España las sanciones se imponen de acuerdo con la regulación general de las sanciones administrativas existente en la Ley 30/1992, tan escueta y principialista como la del Reglamento 2988/95, y con recurso posterior ante los jueces administrativo. Como puede apreciarse, la influencia de este segundo tipo de sanciones administrativas europeas también estaba llamada a ser escasa, y así ha sido, en el derecho español.

Una estrategia parecida ha sido la seguida, más recientemente, por el derecho sancionador de la competencia. El Reglamento 1/2003, que opera un auténtico cambio de rumbo en el *enforcement* de este derecho, tiene como objetivo el que sean las autoridades nacionales las encargadas aplicar y en su caso sancionar directamente las infracciones a los arts. 81 y 82 del TCE (art. 5). El Reglamento comunitario parte expresamente de la autonomía de cada derecho sancionador nacional para imponer sus sanciones, que incluso pueden imponerse conjuntamente con las impuestas por la Comisión. A diferencia de lo que ocurre en materia

25 Vid. Heitzer A, Punitive Sanktionen im europäischen Gemeinschaften, 1997; Nieto Martín A., (not. 19), p. 102 ss

26 STJCE 27.10.1992 RFA c. Comisión, asun. C-240/90, Rec. p. 5383.

de intereses financieros, las autoridades nacionales no imponen las sanciones supranacionales previstas en los art. 23 y 24 del Reglamento. La única condición que el derecho comunitario impone al derecho sancionador estatal es que de un lado, que sea proporcionado, eficaz y disuasivo y de otro respete las garantías fundamentales básicas que se derivan de los derechos fundamentales de la UE²⁷.

III. La influencia informal: La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho sancionador europeo y su influencia en el nacional

Pese a que como acabamos de ver entre el derecho sancionador nacional y el europeo existe una absoluta autonomía, esto no quiere decir que no hayan ido apareciendo influencias, que tal como antes señalaba (*supra* I) pueden dividirse entre influencias por imitación o por coacción.

El derecho de la competencia fue una novedad importante en la cultura jurídica y empresarial europea. En realidad se trató de una importación de los Estados Unidos, de la que gráficamente se ha dicho que penetró en las mochilas de los soldados norteamericanos en la IIGM. Una de las grandes novedades del derecho sancionador de la competencia europeo, también por imitación de la Sherman Act norteamericana, fue la sanción de las personas jurídicas, lo que en Europa era no solo desconocido sino rechazado²⁸. Durante décadas, por tanto, el derecho sancionador de la competencia de la UE se enfrentó a un sistema sancionador destinado a personas jurídicas, desarrollando teorías y doctrinas jurisprudenciales que han sido recogidas después por los Estados miembros, sobre todo, aunque no solo, en su derecho de la competencia.

Probablemente la construcción más exitosa y original de la Comisión y de la jurisprudencia del TJCE fue considerar a la empresa desde un perspectiva económica y no jurídica. Los sujetos responsables de las infracciones contra la competencia no son personas jurídicas, sino empresas, lo que tiene importantes consecuencias. En primer término, permite abordar eficazmente el fenómeno de los grupos de empresa, y de las grandes empresas multinacionales. El concepto clave fue el

de unidad económica y la posibilidad de imputar a la empresa madre el comportamiento de la filial, cuando existía una dirección unitaria del grupo. Igualmente la contemplación económica del fenómeno de la empresa permitió resolver los casos en los que la persona jurídica infractora había desaparecido o se había transformado en el momento de declararse la responsabilidad o de imponer las sanciones. La Comisión y el TJCE generaron una doctrina a tenor de la cual cuando los medios personales y productivos de una persona jurídica pasaban esencialmente a otra se trataba de la misma empresa, y podía ser sancionada. Ambas construcciones aumentan notablemente la efectividad del derecho de la competencia y por ello no es de extrañar que se haya adoptado expresamente por algunos derechos sancionadores nacionales²⁹. Así por ejemplo el art. 61.1 de la Ley de defensa de la competencia española ha positivizado esta construcción jurisprudencial, y desde allí ha pasado a otros sectores como el derecho sancionador tributario, bancario o bursátil en relación a los conglomerados financieros. El D. Leg. 231/2001, que establece el régimen sancionador administrativo de las personas jurídicas, ha adoptado una doctrina similar a la del TJCE para resolver los problemas de sucesiones de empresas³⁰, y en el derecho sancionador administrativo español existen soluciones cercanas en el derecho sancionador tributario o en materia de subvenciones.

También han encontrado acogida en algunos ordenamientos, la técnica legislativa que el derecho sancionador de la competencia europeo utiliza para la imposición de multas. Dada la diversidad de tipos de empresa, su situación y tamaño y dada la distinta rentabilidad que puede tener una infracción, la determinación de la cuantía de la multa ha sido siempre un problema muy complejo. El derecho sancionador de la competencia europeo encontró en este punto una solución legislativa muy aceptable, permitir que la multa tuviera como referencia el volumen de negocios de la empresa. Las multas del derecho de la competencia pueden llegar al 10% del volumen de negocios de la empresa durante el año de comisión de la infracción. Este tipo de multa se utiliza hoy no solo en el derecho sancionador de la competencia español³¹, sino también en otros sectores

27 PT Reg. 1/2003, Considerando nº 5.

28 Vid. Nieto Martín A, *Americanisation or Europeisation of corporate crime?*, en Delmas-Marty M; Pieth M, Sieber U (dir), *Les chemins de l'harmonisation pénale*, 2008, p. 327 ss.

29 Nieto Martín (not. 19), p. 216 ss

30 Busson E., *Responsabilità patrimoniale e Vicende modificative dell'ente*, en Garuti G., *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Milino, 2002.

31 Art. 63.1 Ley de Defensa de la Competencia.

del derecho sancionador administrativo, como el del mercado de valores o la ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Por citar un ejemplo más de influencia por imitación, en los últimos años el derecho sancionador de la UE ha adoptado los denominados *leniency programs* del derecho norteamericano. Las empresas que participen en un acuerdo obtienen una importante rebaja en la sanción o incluso su exclusión cuando denuncian a la Comisión su existencia y colaboran con ella aportando pruebas. Esta práctica que ha sido importante en el derecho europeo en los últimos años, se ha plasmado recientemente en la Ley de defensa de la competencia española³² y alemán³³.

IV. Primacía, buena fe y armonización del derecho sancionador administrativo

Pero más allá de esta influencia informal o por imitación de un derecho sancionador sobre otro, lo que es indudable es que el Derecho de la UE provoca en el derecho sancionador administrativo nacional efectos similares a los que se han producido en otras ramas del ordenamiento. En concreto, estos efectos son muy parecidos, que no idénticos, a los del derecho penal y se generan fundamentalmente como consecuencia de la aplicación de los principio de primacía y buena fe.

Como consecuencia del principio de primacía, las sanciones administrativas incompatibles con el derecho comunitario, tienen que ser desaplicadas³⁴. Pero más allá de estos efectos negativos, sobradamente conocidos y estudiados en el marco del derecho penal, el principio de primacía ha generado procesos de despenalización, en virtud de los cuales las sanciones administrativas han ocupado el lugar de las sanciones penales. Ello es debido a que el impacto de la normativa europea y el proceso de integración ha provocado la devaluación del bien jurídico protegido por una in-

fracción penal. La devaluación de la importancia del interés protegido origina el que la tutela penal se considere desproporcionada, tanto desde el punto de vista del principio de proporcionalidad comunitario como desde el interno³⁵.

El caso más conocido ha sido el del control de cambios. La evasión de capitales tradicionalmente en España fue castigada penalmente y además con penas privativa de libertad. El desarrollo de la libre circulación de capitales hizo perder importancia, e incluso legitimidad, a los fuertes controles que tradicionalmente la administración efectuaba con el fin de permitir la exportación de capitales. El TJCE en una conocida sentencia señaló que era contrario a la libertad comunitaria el sistema de autorizaciones al que se condicionaba la exportación de divisas, y la sanción penal en caso de exportación de capitales sin la necesaria autorización³⁶. La incidencia del derecho comunitario provocó que el legislador decidiera utilizar el derecho sancionador administrativo, para castigar a quines exportaban divisas sin comunicarlo al Ministerio de Hacienda³⁷.

Mientras que el principio de primacía produce efectos negativos sobre el derecho sancionador administrativo consistentes en la desaplicación de la sanción, el principio de lealtad o buena fe se traduce en efectos positivos. Una reiterada jurisprudencia del TJCE reitera que es obligación del derecho nacional tutelar los intereses de la UE de forma similar a como tutelan los intereses nacionales similares, y en cualquier caso de forma proporcionada, eficaz y disuasoria. El principio de buena fe se recoge expresamente en múltiples reglamentos y directivas que requieren de este modo una tutela adecuada de sus disposiciones. Estas disposiciones dejan en manos del legislador penal la elección de la naturaleza de la sanción que a de adoptarse en el interior de cada ordenamiento³⁸.

En el derecho español lo normal es que la infracción de las disposiciones europeas sea sancionada a través

32 Art. 65 Ley de Defensa de la Competencia.

33 Dannecker G., en Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, 2 Auf, 2004, München, § 16 marg. 100 ss.

34 Vid. Bacigalupo E., Sanciones administrativas (Derecho español y comunitario), Colex, 1991, p. 77 ss. Aunque indudablemente han tenido que existir casos de desaplicación de sanciones administrativas incompatibles con el derecho comunitario no es fácil encontrar en los repertorios jurisprudenciales decisiones al respecto. A modo de hipótesis (sin verificar) esto podría ser indicativo de que la propia administración la que desaplique la norma nacional, con lo que estos supuestos no serían objeto de recurso ante los órganos judiciales; de ahí la inexistencia de resoluciones judiciales.

35 Bernardi A./Zoda I., Depenalizzazione. Profili teorici e pratici, Milano, 2008, p. 25 ss.

36 TJCE, 23.2.1995, Procesos penales c/ Aldo Bordes y otros, asun. C-358/93, C-416/93.

37 Citar ley

38 Cfr. Nieto Martín (not. 19), pág. 272 ss.; Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, Baden Bade, 3 Auf. 2009, p. 113 s.

de sanciones administrativas, reservándose el derecho penal para los casos más grave. Las sanciones administrativas que figuran en las normas administrativas que transponen directivas europeas cumplen esta función. Así por ejemplo el art. 34 de la Ley de protección de consumidores y usuarios sanciona la infracción de los preceptos europeos relativos al etiquetado, envasado y publicidad de bienes y servicios o, por poner un ejemplo más concreto, el régimen sancionador de la Ley 9/2003 sobre organismos genéticamente modificados es el encargado de cumplir con el art. 33 de la Directiva 2001/18/CE sobre liberación intencional en el medio ambientes de organismos modificados genéticamente que expresamente indica que los estados miembros deben sancionador de forma proporcionada, eficaz y disuasoria sus infracciones.

La mayoría de las normas administrativas, como muestran estos ejemplos, utilizan remisiones abiertas y dinámicas para integrar las normas europeas cuya infracción se castiga. Abiertas, porque no especifican, a través de una remisión expresa, de qué normas en concreto se trata, y dinámicas porque se refieren a las normas actualmente en vigor pero también a las que se puedan aprobar en el futuro. Muchos más raros son los casos de remisiones expresas y cerradas a la normativa europea. Un ejemplo puede encontrarse en el art. 37 de la Ley 24/2003 de la Viña y el Vino que remite expresamente a determinados preceptos de reglamentos europeos actualmente en vigor. En este caso la derogación de la norma europea implica que el precepto sancionador nacional queda vacío de contenido³⁹.

El control de la eficacia del derecho sancionador nacional preocupa en ocasiones de sobremana a los órganos comunitarios, muy particularmente a la Comisión, que entiende que una supervisión administrativa eficaz y una sanción disuasoria son esenciales para alcanzar los objetivos de una determinada normativa. La falta de eficacia del derecho nacional puede dar lugar, como ocurrió en relación a los intereses financieros, a un derecho sancionador supranacional o incluso a una armonización de las sanciones. Esta doctrina se ha visto reforzada sin duda por las dos sentencias «comisión c. consejo»⁴⁰, ambas relativas a la protección de

la normativa sobre medio ambiente, que a través del recurso nuevamente a la competencia aneja y al efecto útil considerara que el derecho comunitario es competente para en estos casos para armonizar el derecho penal nacional⁴¹. La importancia de esta doctrina para el derecho sancionador administrativo nace de aplicar un argumento *ad maiorem*: si existe competencia para armonizar sanciones penales también para establecer sanciones administrativas.

No obstante, y hasta el momento la normativa comunitaria no ha estado interesada en la armonización de las sanciones administrativas, sino que más bien interesada por la eficacia ha incidido en otros aspectos del *enforcement* de la normativa comunitaria como es, singularmente, la cantidad de las inspecciones o controles que deben realizarse o los poderes de inspección que deben tener las autoridades encargadas de aplicar una determinada normativa. Así por ejemplo el art. 12 de la Directiva 3/2006 de abuso de mercado⁴², detalla los poderes de inspección de las autoridades nacionales, y el art. 8 del Reglamento de la protección de los intereses financieros da indicaciones acerca de los controles que deben realizar las administraciones nacionales con el fin de prevenir y sancionar irregularidades⁴³.

Existe en cualquier caso tres diferencias importantes entre la armonización penal y la sancionadora administrativa. La primera de ellas es que mientras en el derecho penal, como consecuencia del principio de legalidad, el derecho comunitario no puede concretar el tipo (privación de libertad, multa, interdicciones...) ni mucho menos la cuantía de la sanción, en el ámbito del derecho administrativo sí que es posible que la normativa europea regule detalladamente las sanciones a imponer. La segunda diferencia es que las sanciones administrativas se podrían crear tanto a través de una directiva, como un reglamento y de este modo ser directamente aplicables. Ello se debe al distinto contenido del *nullum crimen sine lege* en ambos sectores del *ius puniendi*. Un examen de la actuación del parlamento en la tipificación de sanciones administrativas en los ordenamientos nacionales, muestra que en todos ellos existen importantes diferencias entre la intervención

39 Sobre las remisiones normativas como fuente de integración del derecho de la UE, Satzger (not. 38), p. 128 ss.

40 SsTJCE asun. C-176/03, de 13.9.2005; asun. C-440/05, 23.10.2007.

41 Cfr. Nieto Martín, Posibilidades y límites de la armonización del Derecho penal nacional tras (Comisión v. Consejo). Comentario a la STJCE, asunto. C-176/03, de 13-9-2005, Revista Española de Derecho Europeo, en Arroyo Zapatero/Nieto Martín, El derecho penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro, Cuenca, 2007, p. 325 ss.

42 DO L 96 de 12.4.2003, p. 16 ss.

43 DO L 312 de 23.12.1995, p. 1.

del Parlamento cuando se trata de tipificar sanciones penales o de sanciones administrativas. Mientras que en el derecho penal el principio de legalidad es *nullum crimen sine lege parlamentaria*, lo que exige que el parlamento monopolice el contenido de la decisión de incriminación, en el derecho sancionador administrativo el principio de legalidad requiere una intervención del parlamento que es cualitativamente distinta. Su actuación tiene como cometido controlar ex ante la actividad sancionadora de la administración. Esta función de control puede ser cumplida en la actualidad a través de la actuación del Parlamento Europeo en el procedimiento de codecisión, mediante su capacidad de veto. En el ordenamiento europeo, donde el TJCE aun no ha determinado con precisión los contenidos y la extensión del principio de legalidad, el derecho fundamental a la legalidad en el derecho sancionador administrativo debería adoptar esta orientación, no solo por ser la prevalente en los sistemas estatales, sino porque además resulta la *better law*, al ser la más funcional y la que se acopla mejor a la estructura de la Unión Europea⁴⁴. La tercera diferencia, no menos relevante, es que allí donde existen competencias de ejecución, la propia Comisión —como ocurre en el marco de los intereses financieros— o un órgano de naturaleza comunitaria podría ser el órgano competente para la imposición de las sanciones.

De todo cuanto se lleva dicho se extrae una consecuencia de gran importancia: aunque al día de hoy no existe posibilidad de un derecho penal supranacional strictu sensu, si que resulta posible contar con un derecho sancionador supranacional en áreas que van más allá del derecho de la competencia o de la protección de los intereses financieros. La expansión del derecho sancionador comunitario a sectores como el de los mercados financieros en un futuro próximo no puede descartarse. En este ámbito se ha impuesto un modelo de armonización que pretende no solo sólo una normativa homogénea, sino también que su interpretación y aplicación sea lo más uniforme posible por parte de las autoridades administrativas nacionales encargadas

de la supervisión del mercado de valores⁴⁵. El papel de las sanciones administrativas es considerado esencial con el fin de garantizar la eficacia de esta normativa, tal como pone de manifiesto el art. 14 de la directiva sobre abuso de mercado⁴⁶, cuya lectura se extrae que éstas tienen incluso un papel central y más importante que el derecho penal nacional. La reciente crisis financiera ha puesto de manifiesto la necesidad de aumentar al máximo posible la coherencia y la equivalencia con la que las autoridades nacionales sancionan administrativamente estos hechos⁴⁷. De una reciente Comunicación transluce la posibilidad de establecer un derecho sancionador administrativo supranacional, que en determinados casos podría ser aplicado incluso por la CESR, órgano de coordinación supranacional que la actividad de los supervisores nacionales⁴⁸. De este modo, el derecho sancionador supranacional de los mercados financieros podría convertirse en el tercer espacio de las sanciones administrativas supranacionales.

V. Cooperación administrativa y ne bis in idem

La instauración y el desarrollo del principio de reconocimiento mutuo en materia penal constituyen una de los logros más espectaculares de la UE. No obstante, al lado de la cooperación judicial ha nacido también una cooperación administrativa que crece en los mismos terrenos que la penal: a) cooperación en la realización de la investigación o la actividad probatoria, b) cooperación en la ejecución y el reconocimiento de sanciones, c) la cooperación para determinar quién esta en mejores condiciones para llevar a cabo un procedimiento sancionador. Este sistema de cooperación tiene una dimensión horizontal, que regula la cooperación entre las autoridades administrativas nacionales, y una dimensión vertical que se ocupa de la cooperación entre órganos de supervisión nacionales y europeos. Igualmente la cooperación administrativa ha puesto de manifiesto un nuevo terreno poco explorado hasta la fecha: la cooperación asimétrica entre jueces, fiscales, de un lado, y administración, de otro.

44 Cfr. Nieto Martín (not. 19), p. 66 ss.

45 Cfr. Final report of the Committee of wise men on the regulation of European securities markets, Brussels, 15 February 2001.

46 PT Sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales los Estados miembros garantizarán de conformidad con el derecho nacional, que se tomen las medidas administrativas apropiadas, o que se impongan sanciones administrativas contra las personas responsables cuando no se hayan cumplido las disposiciones adoptadas con arreglo a la presente Directiva. Los Estados miembros se asegurarán de que estas medidas tienen un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio».

47 The high-level group on financial supervision in the EU (Chaired by Jacques de Larosière), Report, Brussels, 25 February, 2009.

48 Comisión de las Comunidades Europeas, Comunicación de la Comisión, Supervisión financiera europea, Bruselas, 27.5.2009 COM(2009) 252 final.

a) La cooperación vertical

El derecho sancionador ha sido a lo largo de los años un laboratorio magnífico en el que han ido experimentando la cooperación vertical entre la Comisión y las autoridades de defensa de la competencia nacionales. En lo que atañe a la *cooperación con la investigación* el Reglamento 1/2003 establece formas de cooperación muy avanzadas como la obligación de que las autoridades de la competencia nacional presten auxilio a la investigación supranacional realizando los actos de investigación que la Comisión les indique (art. 20.5), que deberán ser ejecutados conforme al Derecho nacional (art. 20.5). Igualmente revolucionario es el intercambio de medios probatorios, que permite, por ejemplo, que la documentación recogida por los agentes de la Comisión en la inspección a los locales de una empresa pueda utilizarse en el procedimiento sancionador nacional, al igual que los medios de prueba que hayan obtenido las autoridades nacionales pueden utilizarse en el proceso supranacional (Art. 12)⁴⁹. En lo que atañe a la cooperación para la ejecución de la sanción, el art. 192 del TCE señala que las sanciones impuestas por la Comisión a los particulares es un título ejecutivo dotado de eficacia directa y que deber ser ejecutado sin ningún tipo de control sobre su contenido. Como puede observarse, la cooperación vertical administrativa se inspira, aunque no se declare expresamente en un principio similar al reconocimiento mutuo. Muchos años antes que se empezara a hablar de la eficacia directa de las resoluciones judiciales en el marco del principio de reconocimiento mutuo, esto ya era una realidad en lo concerniente a las sanciones impuestas por la Comisión.

La cooperación vertical entre autoridades administrativas europeas y nacionales se ha desarrollado también en el ámbito de la protección de los intereses financieros. La autoridad europea, la Oficina de Lucha contra el Fraude, tienen poderes de investigación y supervisión aunque de momento no imponen sanciones administrativas. La cooperación vertical se articula exigiendo una «estrecha colaboración» por parte de las autoridades nacionales en las inspecciones que los agentes comu-

nitarios realizan a operadores económicos con el fin de investigar las irregularidades más graves⁵⁰. La colaboración requiere que la Comisión informe al Estado miembro antes de realizar una investigación con el fin de obtener toda la ayuda necesaria⁵¹, pudiendo el Estado miembro solicitar la presencia de un funcionario nacional durante la inspección in situ. La cooperación se plasma también en el deber de no duplicar investigaciones, comunitarias y nacionales, a un mismo operador económico⁵².

La cooperación vertical comprende, como segundo ámbito, el reconocimiento de las sanciones procedentes del derecho sancionador europeo o nacional a efectos de impedir un doble procedimiento o una doble sanción derivados por los mismos hechos. La estructura y sentido del principio de *ne bis in idem* en su dimensión vertical está mucho más avanzada que la dimensión horizontal, esto es, la aplicación del *ne bis in idem* entre sanciones administrativas procedentes de sistemas nacionales (*ne bis in idem horizontal*). Igualmente y dentro de esta dimensión vertical existen diferencias importantes entre la conformación del *ne bis in idem*, cuando se trata de sanciones administrativas nacionales y cuando se trata de sanciones penales, impuestas por jueces nacionales (*ne bis in idem asimétrico*).

Como es conocido, en el derecho sancionador de la competencia el TJCE elaboró el principio de *ne bis in idem* vertical en *Walt Wilhelm*⁵³, donde estableció de un lado la prioridad del procedimiento sancionador realizado por la Comisión frente al nacional, y de otro, basándose en el principio de cuenta que era posible la acumulación de sanciones comunitarias y nacionales, siempre que el órgano nacional, aplicara posteriormente el principio de proporcionalidad para reducir la sanción nacional. El Reglamento 1/2003⁵⁴ confirma los aspectos básicos de *Walt Wilhelm*. Por ello sigue exigiendo a las autoridades nacionales que aunque tienen competencia para aplicar directamente el derecho comunitario, suspendan el procedimiento y lo dejen en manos de la Comisión cuando ésta decida actuar. El Reglamento ha aclarado sin embargo cuál es la finalidad de las sanciones nacionales, que siguen pudiéndose imponer junto a las comunitarias. La sanción penal o administrativa de

49 Cfr. Dannecker G./Jansen O., *Competition Law Sanctioning in the EU*, Kluwer, 2004.

50 Art. 4 Reg. 2185/96, relativo a los controles financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades, DOCE L, 15.11.1996, p. 2.

51 Art. 9 Reg. 2988/95 (not. 25), p.2 y art. 4 Reglamento 2185/96 (not. 49).

52 Art. 3 Reg. 2185/96 (not. 49).

53 STJCE, asun. 14/68, de 13.12.1969, Rec. p. 1 ss.

54 (not. 21).

las personas físicas —el derecho sancionador comunitario solo sanciona a las jurídicas— y establecer, en su caso sanciones más elevadas. El Reglamento reconoce con ello, a diferencia de *Walt Wilhelm*, que el interés protegidos por las sanciones nacionales y las supranacionales es el mismo. Esta regulación del principio de *ne bis in idem*, en su versión más apegada a la sentencia *Walt Wilhelm*, se ha convertido en el ordenamiento español en derecho positivo, aplicándose no solo en el ámbito del derecho de la competencia, sino también con carácter general⁵⁵.

b) La cooperación horizontal

El desarrollo de la cooperación horizontal entre autoridades administrativas nacionales ha sido desarrollado en el primer pilar, en el derecho de la competencia y en el de los mercados financieros. Algunos años antes el Convenio de Nápoles⁵⁶, elaborado en el marco del tercer pilar, reguló la cooperación entre administraciones aduaneras nacionales con el fin de evitar fraudes a los aranceles de la Unión Europea. Recientemente algunas decisiones marco que se ocupan de la cooperación judicial han decidido incluir el derecho sancionador administrativo dentro del espacio judicial europeo, aplicando los mismos principios que operan en el derecho penal.

La cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la defensa de la competencia resulta absolutamente necesaria con el fin de aplicar las prohibiciones contenidas en los art. 81 y 82 del TCE, antes en manos de la Comisión, por esta razón el Reglamento 1/2003 introduce novedades significativas en este punto, que parten expresamente del principio de reconocimiento mutuo, basado en la equivalencia de los derechos de defensa en los países miembros⁵⁷. Los aspectos esenciales de esta

cooperación son el intercambio de información y de medios de prueba (art. 12), la asistencia administrativa que obliga a realizar a una autoridad nacional inspecciones y otra medida de investigación por cuenta de la autoridad competencia de otro país (art. 22.1)⁵⁸ y la regulación del conflicto de competencias y cosa juzgada que impide la aparición del *bis in idem* horizontal (art. 13)⁵⁹, tanto en lo que atañe a la interdicción de doble proceso como doble sanción. El sistema de cooperación administrativa instaurado por el Reglamento 1/2003 resulta mucho más ágil sencillo y completo que todo el desarrollo de la cooperación judicial en la fase de investigación que hasta ahora se ha realizado en el marco del tercer pilar, donde por ejemplo aún no existe una regulación del conflicto de competencias.

No menos espectacular ha sido, aun dentro del primer pilar, la regulación de la cooperación administrativa por la Directiva 2003/6 sobre operaciones con información privilegiada y la manipulación de mercado (art. 16)⁶⁰, cuyos contenidos conforman el art. 91 de la LMV. En este lugar se establece la obligación de cooperación entre autoridades nacionales utilizando todas las facultades de investigación, «incluso en casos en que el comportamiento investigado no constituya una infracción normativa conforme al derecho Español». Ello supone prescindir de un principio básico de la cooperación judicial, el de doble incriminación, de forma incluso más avanzada que las decisiones marco inspiradas en el principio de reconocimiento mutuo. En el caso de que se solicite de otra autoridad nacional una investigación *in situ*, la autoridad solicitante puede estar presente en la inspección realizada en el otro país, lo que no es posible en el marco de la cooperación judicial salvo que se forme un equipo de investigación conjunta⁶¹. La disponibilidad de la informa-

55 Art. 5 RD 1398/1993, Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

56 Convenio relativo a la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras, DO C 24, de 23.1.1998.

57 Reglamento 1/2003 (not. 21) Preámbulo punto 15 y 16

58 Reglamento 1/2003 (not. 21) art. 22.1: Una autoridad de competencia de un Estado miembro podrá proceder en su territorio a realizar cualquier inspección u otra medida de investigación de los hechos al amparo de su Derecho nacional en nombre y por cuenta de la autoridad de competencia de otro Estado miembro, con el fin de demostrar la existencia de una infracción del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado. Cualquier intercambio y utilización de la información recopilada se llevará a cabo en aplicación del artículo 12.

59 Reglamento 1/2003 (not. 21) Art. 13:

«1. Cuando las autoridades de competencia de varios Estados miembros sean destinatarias de una denuncia o hayan iniciado un procedimiento de oficio contra el mismo acuerdo, la misma decisión de asociación o la misma práctica en virtud del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado, el hecho de que una autoridad se encuentre instruyendo el asunto constituirá para las demás autoridades motivo suficiente para suspender su propio procedimiento o desestimar la denuncia. La Comisión podrá igualmente desestimar una denuncia si ya la estuviera tramitando una autoridad de competencia de un Estado miembro.

2. Las autoridades de competencia de un Estado miembro o la Comisión podrán desestimar una denuncia formulada contra un acuerdo, una decisión de asociación o una práctica que ya hayan sido tratados por otra autoridad de competencia..

60 Not. 41.

61 Decisión Marco relativa a los equipos conjuntos de investigación, DO L162 de 20.6.2002.

ción se recoge expresamente en el art. 91.2 y el art. 91.3 establece la obligación de denuncia de la CNMV cuando sospeche que entidades no sujetas a su supervisión están realizando o han realizado en el territorio de otro Estado miembro conductas de abuso de mercado. La CESR actúa además como mediadora en los conflictos que puedan existir en la cooperación con funciones que recuerdan de algún modo a las que desempeña Eurojust en el marco de la cooperación judicial; es decir, se trata de órganos funcionalmente equivalentes. Dado lo avanzado de la cooperación administrativa en los mercados financieros, lo único que sorprende es que la directiva permita que esta pueda negarse por razones tan indefinidas como la «soberanía, la seguridad o el orden público» o que no haya regulado el *bis in idem* horizontal, estableciendo, por ejemplo, un deber de cooperación cuando se entablan dos procedimientos sancionadores por los mismos hechos, con el fin de que una única autoridad nacional realice la investigación⁶².

La instauración de un espacio administrativo sancionador común con carácter general, y más allá de estos ámbitos sectoriales, se está empezando a construir en el marco del tercer pilar. Esta pretensión ciertamente no es original. El Consejo de Europa, ya en la temprana fecha de 1970, al elaborar el Convenio internacional sobre la validez de las sanciones penales, incluía expresamente las sanciones administrativas, a condición de que «cuando en esas disposiciones se de competencia a una autoridad administrativa, el interesado tenga la posibilidad de acudir a una instancia jurisdiccional»⁶³. Aunque la eficacia del Convenio es muy limitada, su efectiva aplicación hubiera supuesto la posibilidad de ejecutar multas administrativas.

Años más tarde, el Convenio de Aplicación Schengen (CAS) retoma este concepto amplio de «infracción» penal. El artículo 49 señala que también se prestará asistencia judicial «en procedimientos por hechos que sean punibles con arreglo al Derecho nacional de

una de las dos Partes contratantes como infracciones de los reglamentos perseguidos por autoridades administrativas cuya decisión pueda dar lugar a un recurso ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal». El status alcanzado por las sanciones administrativas en el CAS se repite posteriormente en el Convenio de asistencia judicial entre los Estados miembros de la UE del 2000, cuyo artículo tercero extiende la asistencia a las sanciones administrativas «cuando la decisión de dichas autoridades pueda ser recurrida ante un órgano jurisdiccional competente, en particular en materia penal»⁶⁴. Esta visión amplia de «espacio judicial», que coincide con el concepto de derecho penal en sentido amplio, se ha expandido a través de la Decisión marco de 24 de febrero de 2005 sobre el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, a las sanciones administrativas⁶⁵.

Pese al esfuerzo de reforzar la cooperación horizontal relativa a las sanciones administrativas en el ámbito de tercer pilar, aplicando incluso el principio de reconocimiento mutuo, los logros son todavía modestos. Así, por ejemplo, hasta ahora no se ha pensado la extensión del principio de *bis in idem* a las sanciones administrativas, con el fin de impedir un procedimiento ulterior, penal o administrativo, cuando una persona física o jurídica ha sido ya sancionada administrativamente por los mismos hechos. La iniciativa griega de Decisión marco de 2003 sobre el principio de *ne bis in idem*, que correctamente extendía el principio⁶⁶ a las sanciones administrativas, ha sido abandonada por una regulación de los conflictos de jurisdicción que omite cualquier solución. Lo acaecido con el *ne bis in idem* en el ordenamiento español muestra que probablemente resulte complejo para algunos estados admitir que la imposición de una sanción administrativa por los mismos hechos impida un procedimiento penal, sin embargo, si que existiría un consenso mayor para entender que la imposición de una sanción penal en un Estado

62 Art. 16 Directiva 2003/6/CE de abuso de mercado (not. 41).

63 Art 1 b), Convenio sobre la validez internacional de las sentencias penales, 70/1970, nº 78, de 28 de mayo.

64 DO C 197, 12.7.200.

65 DO L 328, de 24.11.2006. Vid. Páramo Montero, La ejecución transfronteriza de sanciones penales y administrativas. Asistencia y reconocimiento mutuos en los procedimientos sancionadores en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a los supuestos del orden social, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 78, p. 323 ss.; Ybarra Bores, La implantación del principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de las sanciones administrativas pecuniarias en la Unión Europea, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2006, 11.

66 Iniciativa de la República Helénica referente a la adopción de una Decisión marco del Consejo relativa a la aplicación del principio de *ne bis in idem*, Bruselas, 13 de febrero de 2003, Art. 1.a) «los actos que constituyen delitos administrativos o infracciones penalizadas por la autoridad administrativa mediante una multa con arreglo a la legislación de cada Estado miembro, siempre que pertenezcan a la jurisdicción administrativa y que la personas de que se trate pueda recurrir a un tribunal penal».

impide la imposición de una sanción administrativa en otro por los mismos hechos y que de otro, al menos la imposición de una sanción administrativa debería tenerse en cuenta a la hora de determinar la sanción penal que otro Estado impone por los mismos hechos (Anrechnungsprinzip). Los argumentos que el TJCE está utilizando para el desarrollo del principio de *ne bis in idem* a partir del art. 54 CAS son enteramente aplicables además a la confluencia de sanciones administrativas o sanciones administrativas y penales procedentes de distintos ordenamientos europeos⁶⁷.

Igualmente la cooperación en actos de investigación tiene escasa virtualidad práctica en cuanto que el Convenio de asistencia judicial regula medidas de investigación (intervenciones telefónicas, declaraciones mediante videoconferencias, agentes encubiertos etc) que tienen cabida en procedimiento penales pero rara vez en investigaciones administrativas. Los intentos de extender el principio de reconocimiento mutuo a «las dos ramas» del derecho sancionador tampoco han tenido en cuenta algunas particularidades de las infracciones administrativas. Así por ejemplo las 32 categorías delictivas que aparecen en la lista positiva, que excluye la doble incriminación, contienen hechos de clara naturaleza penal, en los que rara vez tienen cabida las infracciones administrativas. De este modo, ámbitos tan importantes del derecho sancionador desde una perspectiva europea, como el fraude fiscal, la protección del consumidor, del trabajador o incluso las infracciones de tráfico, no se incluyen en la mencionada lista. Comprobar en todos estos casos la doble incriminación puede ser una tarea bastante compleja.

Resulta igualmente poco comprensible el empeño de las Decisiones marco y Convenios de dar preferencia al modelo penal o de contravenciones del orden de sanciones administrativas, es decir, aquellas que son objeto de recurso ante el juez penal. Esta restricción podía tener sentido en el momento de confeccionar el Convenio del Consejo de Europa de 1970 sobre validez internacional de las sentencias penales. En este momento el derecho sancionador europeo, en los países miembros del Consejo, se reducía a las *Ordnungswidrigkeiten* y a las primeras leyes despenalizadoras italianas en materia de seguridad vial. Pero hoy resulta inexplicable seguir

tomando como referencia este modelo. Mucho más inexplicable —y desconcertante— es que el legislador español en la Ley 1/2008 para la ejecución en la UE de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, y que traspone la Decisión Marco de 2005, limite expresamente las sanciones administrativas a las del modelo alemán⁶⁸. Con ello las sanciones administrativas españolas o francesas han quedado fuera de la cooperación, aunque la Decisión marco, al igual que el CAS o el Convenio de cooperación judicial, posibilita acoger los dos grandes modelos de derecho sancionador administrativo europeos. De su tenor literal claramente se extrae que aunque piensan sobre todo en sanciones administrativas que pueden ser recurridas ante el juez penal no dejan fuera el modelo administrativo del derecho sancionador. La paradoja de la Ley española implica la posibilidad de ejecutar una sanción administrativa impuesta por una autoridad alemana a una empresa española, pero impide cursar una solicitud para que se ejecute una sanción administrativa impuesta por la administración española a una empresa alemana.

A la vista de todas estas limitaciones, resulta sorprendente la avanzada regulación de la cooperación entre administraciones aduaneras que establece el Convenio Nápoles II, adoptado en el marco del tercer pilar, cuya finalidad es «prevenir e investigar las infracciones de las normativas aduaneras nacionales» y «perseguir y reprimir las infracciones de las normativas aduaneras comunitarias y nacionales»⁶⁹. El Convenio prevé, al igual que ocurre con el reconocimiento mutuo, la comunicación directa entre las aduanas nacionales (art. 2.2), obligando a la autoridad requerida a ejercer «todos los poderes legales de que disponga... para dar cumplimiento a la solicitud». Nápoles II establece medidas tan importantes como la vigilancia trasfronteriza, la comunicación espontánea de información o la coordinación y planificación conjunta de investigaciones etc. y permite incluso la posibilidad de que las autoridades de un país realicen actos de investigación y de persecución fuera de sus fronteras.

c) La cooperación asimétrica

El desarrollo de la cooperación asimétrica resulta necesario por dos razones. La primera porque deter-

67 Cfr. Arroyo Zapatero/Nieto Martín, El principio de *ne bis in idem* en el derecho penal europeo e internacional, Cuenca, 2007.

68 Art. 1.2: «esta norma comprenderá también la ejecución en España de sanciones pecuniarias impuestas por autoridades de otros Estados miembros de la UE distintas de órganos judiciales por contravención de la respectiva legislación. En este caso, se exigirá que esta resolución hubiese sido recurrible ante órganos jurisdiccionales con competencia en materia penal en dicho Estado».

69 (not. 55).

minados actos de investigación realizados por la administración pueden afectar a derechos fundamentales, lo que normalmente solo es posible si se cuenta con autorización judicial. La segunda porque la existencia de «dos ramas» en el *ius puniendi* estatal implica que la posibilidad de que lo que en unos ordenamientos constituye un ilícito penal en otros constituye una infracción administrativa. En estos casos reducir la cooperación al marco estrictamente penal supone levantar un muro que impide la colaboración entre investigaciones administrativas y penales. La cooperación asimétrica tiene también una dimensión vertical y otra horizontal. Así por ejemplo es posible en el plano vertical que se planté si los documentos que aporta la OLAF al juez penal nacional pueden tener valor probatorio en el proceso penal o, en una dimensión horizontal, si pueden tenerlos los documentos aportados por otra administración nacional.

La normativa sobre competencia regula desde los años sesenta la cooperación entre administración comunitaria sancionadora y juez nacional en el caso en que exista oposición a que los agentes de la Comisión inspecciones los locales de la empresa o una persona jurídica. El juez nacional tiene capacidad para controlar la proporcionalidad de la medida, lo que implica recabar de la Comisión cuanta ayuda sea necesaria. El auxilio judicial obedece al principio *locus regit actum*. La autorización judicial sólo resulta necesaria en aquellos países que extienden el derecho a la intimidad al domicilio de las personas jurídicas⁷⁰. La autorización judicial es necesaria cuando se trata del domicilio de personas físicas⁷¹. Una cooperación similar se ha establecido en el marco de la protección a los intereses financieros de la UE en relación a los agentes de la OLAF⁷².

La intervención de la autoridad judicial puede también plantearse con idénticos fines en el marco de la cooperación horizontal. Así por ejemplo en el Convenio Nápoles II en los casos en que los funcionarios de aduanas decidan intervenir en otro Estado miembro en el marco de una cooperación transfronteriza, además del consentimiento de las autoridades aduaneras, debe «solicitar a las autoridades judiciales nacionales la autorización para las investigaciones que se proyecten»⁷³.

La regulación del *ne bis in idem* asimétrico tanto en su aspecto vertical (sanción administrativa supranacional-sanción penal nacional) como horizontal (sanción administrativa nacional-penal nacional) se ha realizado en el marco de la protección de los intereses financieros a través del Reglamento 2988/95⁷⁴. El artículo 6 del Reglamento contiene una regulación parcialmente similar a la que opera en el interior del ordenamiento español entre sanciones administrativas y penales: (a) preferencia del proceso penal frente al administrativo, que «debe suspenderse por decisión de la autoridad competente si se hubiera iniciado un procedimiento penal contra la persona de que se trate en relación a los mismos hechos, con posibilidad de continuar el proceso administrativo de no continuar el procedimiento penal; (b) posibilidad de imponer cumulativamente la sanción comunitaria junto a la penal nacional, cuando la sanción impuesta no «equivalga al menos a la sanción dispuesta por la normativa comunitaria». Esta regulación se explica por la función de las sanciones administrativas supranacionales es servir de mínimo común sancionador y resulta relativamente sencilla la que en este caso las administraciones nacionales son las encargadas de imponer las sanciones.

En el derecho sancionador de la competencia, donde teóricamente también es posible la confluencia entre sanciones penales y sanciones administrativas supranacionales, solo existe una regulación indirecta del *ne bis in idem* asimétrico vertical. El Reglamento 1/2003 solicita de los jueces nacionales que consideren si procede suspender el procedimiento judicial con el fin de no adoptar decisiones

incompatibles con la Comisión, cuando les conste que está debe pronunciarse⁷⁵. Aunque esta regulación quizás está pensada para jueces civiles nada impide aplicarla procesos penales. Una regulación más detallada del *ne bis in idem* en el derecho de la competencia no resulta necesaria debido a su escasa importancia práctica y gran complejidad teórica. Las infracciones al derecho de la competencia tanto el plano comunitario como en el nacional son en la práctica totalidad de los Estados de naturaleza administrativa. Únicamente en Alemania se han criminalizado recientemente algunos

70 Art. 20, Reg. 1/2003 (not. 21).

71 Art. 21, Reglamento 1/2003 (not. 21).

72 Art. 9 del Reg. 2988/95 (not. 49), art. 6 del Reglamento 2185/96 (not. 49), art. 6.6 Reglamento relativo a las investigaciones efectuadas por la OLAF DO L 136, de 31.5.1999.

73 Art. 19.4 del Convenio de Asistencia mutua y cooperación entre las administraciones aduaneras (not. 55).

74 (Not. 24).

75 (Not. 21).

acuerdos restrictivos de la competencia cuando afectan a subastas públicas. No obstante, dado que las sanciones penales solo afectan a las personas físicas y las sanciones comunitarias (o la administrativa nacional) se impondría, en su caso a la persona jurídica no existe posibilidad de *bis in idem*, pues no se da la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento. Tampoco resulta fácil de articular la relación entre la administración sancionadora supranacional y el proceso penal. La solución de Walt Wilhelm consistente en priorizar el proceso sancionador comunitario en aras al principio de primacía no es tan fácil de aplicar cuando se trata de dar preferencia a la Comisión frente a un juez nacional.

En su aspecto horizontal (sanción penal nacional-sanción administrativa nacional) el *bis in idem* asimétrico encuentra reflejo en al Directiva sobre abuso de mercado⁷⁶ (art. 16) y en el art. 91.5 de la Ley del mercado de valores española, que es la norma interna de transposición. En este lugar el principio de *ne bis in idem* juega un papel semejante al que ha desempeñado tradicionalmente en la cooperación judicial penal, servir como causa de denegación al auxilio judicial. De este modo, la autoridad administrativa nacional puede negarse a cooperar con la administración de otro Estado miembro, cuando los hechos sean objeto o hayan sido objeto de un proceso penal nacional.

Un ámbito de la cooperación asimétrica novedoso, y con gran importancia práctica, es la posibilidad de utilizar documentos o informaciones que proceden de una investigación administrativa, ya sea nacional (autoridad aduanera o del mercado de valores) o europea (OLAF) en el marco del proceso penal. Esta cuestión se ha abordado en tres ámbitos distintos, con regulaciones que responden a principios diversos. En el marco de la protección de los intereses financieros, la regulación de esta cuestión responde al principio de equiparación o asimilación. Los documentos o informaciones obtenidos por los agentes de la OLAF deben gozar en el proceso penal de un valor similar a los que tienen los

de las autoridades administrativas nacionales⁷⁷. En el mismo marco, el de la protección de los intereses financieros, el Convenio Nápoles II señala de forma mucho menos contundente que las «actas, diligencias, comunicaciones, certificados, informaciones, copias certificadas obtenidos, de conformidad con su normativa nacional, por los funcionarios de la autoridad requerida» podrán utilizarse como elementos de prueba por las autoridades competentes del Estado miembro en el que tiene su sede la autoridad requirente, con arreglo a su normativa nacional⁷⁸. En el derecho sancionador de la competencia se admite, como hemos visto anteriormente, el principio de libre circulación del material probatorio cuando se trata de hacer valer informaciones obtenidas por la Comisión o por una autoridad nacional en otro procedimiento sancionador administrativo. No obstante, cuando la información se intenta hacer valer en un proceso penal nacional con el fin de imponer sanciones a personas físicas el Reglamento es mucho más cauto. Si la Comisión o la autoridad nacional han respetado «el mismo nivel de protección de los derechos de defensa de las personas físicas» cabe utilizar las informaciones de la comisión en el proceso penal como medio de prueba, salvo si la sanción a imponer es una sanción privativa de libertad⁷⁹. Finalmente la Directiva sobre abuso de mercado aborda esta cuestión preocupada sobre todo porque el intercambio de información respete la normativa de protección de datos personales, por esta razón se limita a indicar que la información debe utilizarse por autoridades judiciales o administrativas en ámbitos relacionados con funciones que entren dentro del alcance de esta directiva⁸⁰.

No resulta fácil establecer una regla general. El principio de equivalencia debe ser de aplicación en el marco de la cooperación vertical. Cuando los agentes de la autoridad actúan en un Estado miembro realizando conforme al principio *locus regit actum* no existe razón alguna para que el material probatorio procedente de la investigación administrativa tenga menos fuerza

76 (Not. 41).

77 Art. 8.3 Reglamento relativo a controles y verificaciones in situ (not. 49): «Los inspectores de la Comisión velarán por que sus informes de control y verificación se elaboren teniendo en cuenta las exigencias de procedimiento previstas en la legislación nacional de que se trate. Las justificaciones y los elementos materiales recogidos, contemplados en el art. 7, figurarán como anexo de dichos informes. Los informes así redactados constituirán elementos de prueba admisibles en los procedimientos administrativos o judiciales del Estado miembro en donde su uso resulte necesario, en los mismos términos y condiciones que los informes administrativos redactados por los inspectores administrativos nacionales. Estarán sometidos a las mismas normas de apreciación que se aplican a los informes administrativos de los inspectores administrativos nacionales y tendrán un valor idéntico a éstos...».

78 (Not. 55) Art. 14, pero también art. 18.

79 Art. 12.3 Reglamento 1/2003.

80 Vid. el art. 95 bis. 7 de la LMV.

probatoria que el nacional. Igual principio debe aplicarse en los casos (Convenio Nápoles II y mercados financieros) en que un inspector nacional actúa en el territorio de otro país, pues aquí rige también el *locus regit actum* y las inspecciones se hacen con presencia de funcionarios nacionales. Mucho más complejo es determinar el valor probatorio del materia obtenido por un inspector nacional en el derecho penal de otro país miembro. Esta cuestión es incluso debatida en el marco de la cooperación penal.

VI. Conclusión: ¿Hacia un espacio sancionador administrativo común?

Esbozadas las zonas de influencia y de interrelaciones puede darse por demostrada la tesis principal de este trabajo: la existencia de un espacio sancionador administrativo común similar en muchos puntos al espacio judicial penal europeo. Entender el derecho penal en sentido amplio también a los efectos de la cooperación judicial es necesario en un escenario en que la mayoría de los países miembros tienen un ius puniedi compuesto por «dos ramas». Como hemos visto limitar la cooperación al derecho penal strictu sensu carece de sentido, en cuanto que privilegia a los ordenamientos más punitivos y supone

un serio obstáculos a las políticas de despenalización. Por otro lado, muchos intereses de relevancia europea como la protección del trabajador, del consumidor, del medio ambiente etc. resultan tutelados en muchos países por sanciones administrativas. El déficit de construcción del espacio sancionador administrativo común impide una protección eficaz de estos intereses.

Frente al derecho penal una gran ventaja del espacio sancionador administrativo común es que puede hacerse en gran medida a partir del primer pilar. Quizás por ello hemos visto como en el derecho de la competencia, en la protección de los intereses financieros o en el mercado bursátil existen reglas de cooperación más avanzadas que las desarrolladas en el derecho penal. No tiene demasiada justificación que al lado de estos sectores existan otros subdesarrollados como por ejemplo el relativo a las infracciones que tutelan los derechos de los trabajadores, donde apenas si existe cooperación entre los cuerpos de inspección. La existencia de un derecho sancionador administrativo supranacional en el derecho de la competencia constituye además un buen campo para experimentar futuras regulaciones que en su día pueden servir de modelo al Fiscal Europeo.